

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il *private enforcement* del diritto europeo *antitrust*: evoluzione e risultati

Sommario: I. PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT E COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA. – II. ALLE ORIGINI DEL PRIVATE ENFORCEMENT EUROPEO. – III. PRINCIPI E REGOLE COMUNITARIE IN TEMA DI PRIVATE ENFORCEMENT: I DOCUMENTI DI SOFT LAW. – IV. PRINCIPI E REGOLE ELABORATE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

I. PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT E COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA

Il *private antitrust enforcement*, vale a dire quel meccanismo che consente ad imprese o a privati cittadini (dal 2010 anche tramite azione collettiva) la tutela civilistica di una situazione giuridica soggettiva che si ritiene lesa da un comportamento anticompetitivo e che permette, in particolare, di agire per ottenere vuoi il risarcimento del danno, vuoi misure cautelari nei confronti di quelle imprese che abbiano violato le regole *antitrust* europee, è nato e si è sviluppato nel solco della disciplina della concorrenza e non in quello del diritto privato (diritto dei contratti o responsabilità civile). Ciò ha determinato una prima importante conseguenza per il nuovo istituto sottratto, di fatto, alla disciplina e alla evoluzione del diritto privato europeo. Di esso in effetti non c'è traccia non solo nelle direttive di armonizzazione del diritto privato o nei regolamenti di uniformazione ma neppure nei grandi progetti di armonizzazione come, ad esempio, il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) oppure il *Draft Principles of European Tort Law* (PETL). L'istituto ha trovato invece la sua sede naturale nell'ambito della disciplina della concorrenza e, in particolare, della disciplina *antitrust*.

Che la disciplina della concorrenza a livello comunitario appartenga alla categoria delle competenze "esclusive" dell'Unione europea non vi è alcun dubbio: l'art. 3 del TFUE testualmente sancisce la competenza esclusiva dell'Unione per quanto riguarda la «definizione di regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno».

Qualche dubbio, invece, potrebbe riguardare proprio il c.d. *private enforcement* della concorrenza.

In quanto non strettamente correlato alla definizione di regole sulla concorrenza bensì di regole sui criteri e modalità di tutela civilistica di un diritto soggettivo, la disciplina del *private enforcement* dovrebbe appartenere alla categoria delle competenze *concorrenti*, elencate all'art. 4 TFUE, elenco che comprende materie quali "mercato interno" e "protezione dei diritti dei consumatori" nelle quali si potrebbe collocare, così come avviene per la gran parte delle materie del diritto privato europeo, la disciplina del risarcimento del danno cagionato ad un privato da un'altra persona, fisica o giuridica, privata.

Trattandosi di competenza non esclusiva dell'UE, si deve allora applicare la regola, dettata dal c.d. "principio di sussidiarietà", secondo la quale tali competenze (concorrenti) possono essere esercitate dall'Unione solo se «gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri (...) ma possono (...) essere conseguiti meglio a livello di Unione» (art. 5, comma 3, TUE). Ciò significa che, in linea di principio, la competenza a disciplinare il *private enforcement* spetta agli Stati, salvo che l'UE non decida di intervenire ma solo se dimostra che le sue misure possono avere una efficacia maggiore rispetto a quelle eventualmente adottate singolarmente dagli Stati membri.

A rafforzare questa ricostruzione occorre un'altra norma in base alla quale gli Stati membri sono tenuti a stabilire i «rimedi necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (art. 19, comma 2, TUE). Se apparentemente la norma sembra attribuire agli Stati membri la competenza ad assicurare tutela giurisdizionale nei settori disciplinati dall'Unione europea, in realtà essa costituisce la piena legittimazione delle Istituzioni di Bruxelles ad agire in luogo degli

Stati, esercitando quel potere che deriva dal principio di sussidiarietà che permette agli organi dell'Unione di giustificare l'adozione di un'azione unitaria in funzione del raggiungimento di quella «... tutela giurisdizionale effettiva» che molto difficilmente potrebbe essere raggiunta da tutti gli Stati senza un efficace coordinamento centralizzante. Come vedremo oltre, tale disposizione è stata effettivamente utilizzata dalla Corte di giustizia per imporre agli Stati membri, in assenza di una disciplina positiva sul risarcimento del c.d. danno *antitrust*, regole minimali vincolanti.

Fatto sta che, mancando allo stato attuale una organica disciplina comunitaria, è compito degli Stati membri disciplinare la materia del risarcimento del danno da illecito *antitrust*, ovviamente nel quadro delle regole dei Trattati, delle disposizioni contenute in alcuni sporadici interventi comunitari, dei principi generali del diritto UE e, soprattutto, dei principi e regole sancite in questi ultimi anni dalla Corte di giustizia in materia.

A dire il vero, il tema è talmente delicato e complesso che molti Stati sembrano preferire di attendere indicazioni più precise da parte dell'Unione per evitare o di adottare soluzioni che poi possono essere contestate e bocciate da parte dei giudici di Lussemburgo, o di dover rivedere una loro eventuale normativa alla luce di successive disposizioni comunitarie, affidando nel frattempo alla giurisprudenza nazionale l'individuazione delle regole e delle soluzioni caso per caso. L'aspettativa dei legislatori nazionali è stata alimentata anche da una bozza di proposta di direttiva, circolata negli ultimi anni, mai pubblicata e successivamente arenatasi negli uffici di Bruxelles¹.

Il dato sulla competenza è estremamente importante per due motivi: *a*) la disciplina, attuale e futura, del *private antitrust enforcement* si colloca (e si dovrà sempre collocare) nel solco del diritto *an-*

itrust europeo, nel rispetto delle sue finalità, degli obiettivi, delle regole e dei principi comunitari; *b*) la giurisprudenza della Corte di giustizia costituisce e continuerà a costituire, anche in presenza di una eventuale espressa regolamentazione positiva europea e/o nazionale, il principale punto di riferimento sia per colmare i vuoti normativi, sia per creare nuove regole vincolanti, sia per valutare la conformità dei diritti nazionali e delle loro soluzioni giurisprudenziali al diritto dell'UE.

II. ALLE ORIGINI DEL PRIVATE ENFORCEMENT EUROPEO

Il *private antitrust enforcement* nasce dunque più come strumento per favorire il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza, e dunque sotto il profilo di un rafforzamento della deterrenza generale, che non come strumento civilistico di tutela di posizioni giuridiche soggettive.

Le istituzioni comunitarie, e in primo luogo la Commissione, in questi ultimi anni hanno premuto per una politica di decentramento nell'applicazione del diritto *antitrust*; il numero sempre maggiore di Stati membri e il conseguente aumento delle possibili violazioni del diritto europeo hanno richiesto un allargamento dei soggetti, pubblici o privati comprese le persone fisiche, che possano in qualche modo contribuire a fare emergere e reprimere tali violazioni.

Ciò è avvenuto mediante due strumenti, quello normativo e quello giurisprudenziale.

Infatti, da un lato il Reg. 1/2003² ha attribuito agli Stati membri, in particolare alle varie autorità garanti amministrative, compiti e funzioni prima appartenute alla Commissione, in merito all'accertamento delle violazioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e all'applicazione delle relative sanzioni; dall'altro lato la Corte di giustizia, seguita poi da alcune formali iniziative della Commissione, ha sancito il diritto

che, molto probabilmente, sarà presentata nel corso del 2013.

² Reg. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.C.E. L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

¹ Si tratta del documento denominato *Proposal for a Directive on rules governing damages actions for infringements of Articles 81 and 82 of the Treaty* (2009). Nell'Agenda 2012 della Commissione UE era in programma la presentazione e la discussione di una rinnovata proposta di direttiva

degli individui, cittadini o imprese, di agire presso le Corti nazionali per instaurare azioni civili volte sia a far cessare comportamenti contrari alle regole comunitarie, sia ad ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subiti.

L'origine giurisprudenziale del *private enforcement* è incontestabile. Se non ci fosse stato il deciso intervento della Corte di giustizia, secondo la quale il diritto delle vittime al risarcimento del danno *antitrust* è un diritto garantito dall'ordinamento comunitario, molto probabilmente gli Stati dell'Unione europea avrebbero continuato a procedere in ordine sparso, chi piuttosto riluttante, come Francia e Germania, a riconoscere il risarcimento del danno e chi tendenzialmente favorevole, come i Paesi di *Common law*, chi riconoscendolo a determinate condizioni e chi ad altre, tanto che il noto studio *Ashurst*³, pubblicato nel 2004, definisce il panorama europeo in tema di *private enforcement* come caratterizzato da uno «sottosviluppo totale».

Oggi la situazione è mutata, grazie soprattutto ad alcuni fondamentali interventi della Corte di giustizia; è vero che la mancanza di una legislazione uniforme continua a generare incertezze e dubbi nella dottrina, nella giurisprudenza e negli stessi operatori economici, ma almeno le decisioni della corte di Lussemburgo hanno contribuito alla formazione di una sia pure embrionale forma di armonizzazione e, soprattutto, permettono di affermare che, oggi, il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale è riconosciuto in tutti gli Stati membri, alcuni dei quali hanno anche emanato apposite discipline normative, mentre altri, come l'Italia, si affidano ancora alla giurisprudenza.

³ *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules*, reperibile sul sito della Commissione europea. Si tratta del primo studio, in chiave comparatistica, che dipinge la situazione negli allora 25 Stati membri e dal quale emerge una diversità di modelli di applicazione giudiziale delle regole comunitarie sulla concorrenza; il documento registrava, nel periodo 1957-2003, poco più di 60 casi di azioni di risarcimento danni decise dalle Corti nazionali fondate sulla violazione tanto delle norme nazionali quanto di quelle comunitarie in tema di concorrenza.

⁴ C. giust. CE, 30 gennaio 1974, C-127/73, *Bel-*

giù che ha reso possibile l'intervento della giurisprudenza comunitaria è stato il principio, anch'esso di origine giurisprudenziale, della "diretta applicabilità" degli artt. 101 e 102 TFUE. Fin dal lontano 1974 la Corte di giustizia, decidendo il caso *BRT e SABAM*, riconobbe che «per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. [101 § 1 e 102 TFUE] sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli» e che «detti articoli attribuiscono direttamente [ai singoli] dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare»⁴.

Già a seguito di questa decisione i giudici nazionali avrebbero avuto la possibilità di concedere ai singoli l'opportunità di far valere non solo l'unica sanzione espressamente prevista dell'art. 101 TFUE, vale a dire la nullità dell'accordo lesivo della concorrenza, ma anche il principio generale del risarcimento del danno cagionato da un comportamento contrario alla legge.

Tuttavia, salvo qualche sporadico caso, i giudici degli Stati membri hanno dimostrato per lungo tempo una certa diffidenza ad accogliere azioni civili da parte di privati e accordare il risarcimento del danno.

È solo a seguito della nota sentenza *Courage* del 2001⁵ della Corte di giustizia che il *private antitrust enforcement* entra prepotentemente anche nelle aule giudiziarie nazionali provocando un intenso e quanto mai ampio dibattito dottrinale; i convegni, i seminari, le pubblicazioni e gli studi si moltiplicano in modo esponenziale, sia a livello nazionale che comunitario. Data l'assenza di una disciplina comunitaria, la sentenza del 2001, insieme alla successiva sentenza *Manfredi*, del 2006⁶, rappresentano ancora oggi il punto

gische Radio en Televisie c. SV Sabam e NV Fonior. La diretta applicabilità da parte delle giurisdizioni nazionali degli attuali artt. 101, §§ 1 e 2, e 102 TFUE è stata successivamente consolidata dalla Corte di giustizia nei casi *Delimitis* (28 febbraio 1991, C-234/89), *Guérin automobiles* (18 marzo 1997, C-285/95) e *Masterfood* (14 dicembre 2000, C-344/98) ed esplicitamente sancita a livello normativo soltanto con l'articolo 6 del Reg. 1/2003.

⁵ C. giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage c. Crehan*.

⁶ C. giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*.

di riferimento essenziale per l'applicazione del *private enforcement*.

Per comprendere l'importanza delle affermazioni contenute nella sentenza *Courage* è indispensabile premettere che l'intervento dei giudici comunitari era stato richiesto dalla *Court of Appeal* per sapere se, nel caso di specie, la parte contraente di un contratto concluso in violazione dell'art. 101 TFUE potesse non solo far valere la nullità dell'accordo ma ottenere anche il risarcimento del danno subito. La richiesta del giudice britannico era dettata dal fatto che, nell'ordinamento inglese, non è consentito ad una delle parti di un accordo illecito esperire un'azione di risarcimento danni nei confronti della controparte, tanto più che, secondo un'interpretazione fornita fino allora sempre dalla *Court of Appeal*, l'art. 85 TCE (ora 101 TFUE) sarebbe diretto a tutelare i terzi, concorrenti o consumatori e non anche le parti dell'accordo illecito che sarebbero entrambe, infatti, le responsabili e non le vittime della restrizione vietata.

La risposta della Corte di giustizia è stata ferma e decisa: la piena efficacia dell'articolo 81 TCE (ora 101 TFUE) e, soprattutto, l'effetto utile del divieto sancito all'articolo 81 § 1 TCE (ora 101 § 1 TFUE), sarebbero messi in discussione «se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza» (punto 26).

Il diritto al risarcimento del danno «rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune. In quest'ottica, le azioni di danno incardinate dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità»⁷.

Una volta stabilito il principio che «qualunque danneggiato» ha diritto di chiedere il risarcimento del danno a carico di chi abbia violato le regole *antitrust*, la corte precisa però che tale legitti-

mazione può venire meno qualora la parte danneggiata abbia avuto una «responsabilità significativa»⁸ nella distorsione della concorrenza, dal momento che, come avviene nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, un singolo non può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito.

Dopo queste due importanti affermazioni la Corte, in considerazione del sistema di ripartizione delle competenze tra Stati e Unione, a cui sopra abbiamo accennato, è costretta poi a precisare che, in mancanza (e in attesa) di una eventuale disciplina comunitaria, spetta comunque all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato stabilire o individuare le condizioni e le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, «purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)»⁹.

III. PRINCIPI E REGOLE COMUNITARIE IN TEMA DI *PRIVATE ENFORCEMENT*: I DOCUMENTI DI *SOFT LAW*

Paradossalmente l'Unione europea, pur avendo dato un decisivo impulso alla risarcibilità del danno *antitrust*, fatica a trovare il consenso necessario per disciplinare in via normativa l'istituto, come dimostra anche la vicenda della direttiva del 2009, disciolta prima ancora di essere formalizzata come semplice bozza.

Basti pensare che è soltanto con l'entrata in vigore del Reg. 1/2003 sull'applicazione delle regole di concorrenza (c.d. «modernizzazione della politica di concorrenza») che al *private enforcement* viene formalmente fornita una prima timida base giuridica propria. Il considerando n. 7 afferma infatti che le giurisdizioni nazionali «tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare ac-

⁷ *Ibidem*, punto 27.

⁸ *Ibidem*, punto 31.

⁹ *Ibidem*, punto 29.

cordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri».

L'art. 101 § 2 TFUE in tema di accordi vietati si limita a dettare una sola norma di diritto civile, vale a dire la sanzione della "nullità di pieno diritto" dell'accordo illecito, mentre non si pronuncia l'art. 102 TFUE in tema di abuso. Nulla viene detto poi in tema di risarcimento del danno.

Nessun'altra norma, di diritto primario o secondario, dell'Unione Europea contiene ulteriori riferimenti alle azioni dei privati di fronte ai giudici nazionali, e meno ancora alle regole o ai principi di diritto privato e processuale applicabili. Nulla, ad esempio, viene detto sull'onere della prova, sulla quantificazione del danno, sulla prescrizione dell'azione di risarcimento del danno *antitrust* e su tutti gli altri elementi che dovrebbero contribuire a creare un quadro preciso di riferimento sia per il giudice sia per le parti stesse. Ancora più carente è il diritto comunitario nel sancire i poteri inibitori dei giudici.

Ed è proprio l'assenza di una normativa uniforme o anche di sola armonizzazione uno dei principali ostacoli ad una efficace tutela giudiziale. Se, come sopra ricordato, in assenza di una disciplina europea è competenza di ciascun ordinamento nazionale definire «le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario»¹⁰, ciò fa emergere tutta la varietà e la diversità dei singoli modelli nazionali di tutela risarcitoria anche in ordine a singoli aspetti procedurali che vanno dalla legittimazione ad agire all'ammissibilità dei danni punitivi e così via.

Ne consegue una generale e notevole incertezza, che coinvolge il danneggiato e il danneggiante, su quello che potrà essere non solo l'esito del giudizio ma anche l'andamento dello stesso nelle varie fasi del procedimento, a detrimento sia del-

l'applicazione effettiva delle regole di concorrenza, come avevano paventato i giudici della sentenza *Courage*, sia di una loro applicazione uniforme e coerente.

Alle scarse disposizioni normative sul tema si contrappongono, invece, numerosi documenti, sia pur privi di efficacia vincolante, ma fondamentali punti di riferimento per i legislatori e le giurisdizioni nazionali.

Si tratta di documenti della Commissione, quali Libri verdi, Libri bianchi, proposte di direttiva, comunicazioni, relazioni, ma anche risoluzioni del Parlamento e così via dai quali emerge tutta l'importanza che le Istituzioni europee attribuiscono al *private enforcement* e al risarcimento del danno *antitrust* in particolare.

Le proposte della Commissione, anche se non hanno alcun valore vincolante, sono estremamente importanti non solo perché offrono ai legislatori e ai giudici un preciso indirizzo ma, soprattutto perché, come è ormai noto, la Corte di giustizia, quando è chiamata a valutare la conformità di una regola o di una prassi nazionale al diritto comunitario, molto spesso si avvale proprio delle valutazioni proposte dalla Commissione. Pertanto è molto probabile che le soluzioni adottate negli ordinamenti giuridici nazionali saranno ritenute dalla Corte, in eventuali giudizi di rinvio o di inadempimento, conformi o meno al diritto comunitario alla luce, anche, delle valutazioni espresse dalla Commissione.

Per questa ragione non è possibile ignorare le posizioni e le indicazioni espresse nei diversi documenti di *soft law* in relazione ai principali problemi che possono scaturire dalle azioni di risarcimento del danno *antitrust*, problemi che ancora oggi sono affrontati nelle tavole rotonde, nei dibattiti, nei convegni e pubblicazioni varie, dalla dottrina, dai giudici, dagli operatori del diritto.

Il primo importante documento elaborato dalla Commissione europea è stato il *Libro verde* del 2005¹¹. L'obiettivo era

¹⁰ Si vedano le sentenze 10 luglio 1997, C-261/95, *Palmisani*, punto 27; *Courage e Crehan*, cit., punto 29; *Manfredi*, cit., punto 62.

¹¹ *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 19 dicembre 2005, COM(2005) 672 def. Si consiglia la

quello di invitare esperti ed operatori degli Stati membri ad indicare i principali ostacoli all'attuazione di un sistema efficace per la presentazione di domande di risarcimento del danno.

Il *Libro verde* invitava gli operatori ad esprimersi su una serie di questioni ritenute fondamentali per uno sviluppo efficace ma anche armonizzato del *private enforcement* e possono essere così riassunte:

– il requisito soggettivo dell'atto illecito deve necessariamente presupporre l'esistenza di una colpa del danneggiante (come in alcuni Stati) oppure si può prevedere una responsabilità oggettiva (come in altri Stati)?

– Il risarcimento del danno deve essere parametrato al danno subito dall'attore oppure anche in relazione al profitto illecito ottenuto dell'autore della violazione? Si può immaginare un risarcimento pari al doppio o al triplo del danno, allo scopo di aumentare l'effetto deterrente? Gli interessi dovranno decorrere dalla data della violazione o dalla data in cui si è verificato il pregiudizio? Nei casi di maggiore difficoltà di dimostrazione dell'entità del danno si può pensare ad una quantificazione in via equitativa?

– È possibile per il convenuto far valere la c.d. "eccezione di trasferimento del danno" ed evitare il risarcimento dimostrando che l'attore ha traslato il maggior prezzo sul successivo acquirente della catena distributiva?

– Dato che molto spesso i danni cagionati da un comportamento illecito di una o più imprese, se sono ripartiti tra migliaia di consumatori, rendono praticamente impossibile o quanto meno antieconomico esperire un'azione da parte del singolo a causa dei costi, degli oneri, dei ritardi, delle incertezze che ne possono derivare all'attore, quale tipo di azione collettiva si potrebbe introdurre?

– Quali possono essere gli effetti della

decisione dell'Autorità garante? Una volta che l'Autorità nazionale abbia accertato una violazione del diritto comunitario, l'accertamento deve essere vincolante anche per il giudice del risarcimento? E se una impresa ha aderito al programma di clemenza, favorendo così la ricerca delle prove e la valutazione dei fatti da parte dell'Autorità, si dovrebbe poi ridurre l'entità del risarcimento o questa deve rimanere immutata e rispondente al danno effettivamente subito?

Tutte queste questioni rappresentano tutt'ora i punti cruciali dell'istituto e su di esse si concentrano dibattiti e prese di posizione in vista di una futura legislazione, sia essa nazionale che europea.

Il *Libro verde* è stato poi pienamente condiviso e rafforzato dalla *Risoluzione del Parlamento europeo*, del 2007¹², che ha aggiunto importanti proposte allo scopo di rendere sempre più agevole avviare un'azione per il risarcimento del danno sul presupposto che le regole comunitarie di concorrenza «non avrebbero un effetto dissuasivo e la loro efficacia sarebbe compromessa se coloro che tengono comportamenti vietati potessero (...) godere dell'immunità per le violazioni commesse, a causa di ostacoli al procedimento di risarcimento del danno». Così essa aggiunge proposte rivolte a favorire un accordo amichevole e stragiudiziale; a considerare un'attenuante l'avere risarcito il danno prima ancora dell'esito finale del procedimento; a considerare vincolanti, al fine di una applicazione uniforme delle regole sulla concorrenza, per tutti gli Stati membri la decisione adottata da una qualsiasi giurisdizione o Autorità garante nazionale; a ridurre l'asimmetria informativa che caratterizza molto spesso il danneggiato rispetto alla controparte; a suggerire le modalità di quantificazione del danno, che dovrebbe essere limitato al danno emergente e al lucro cessante onde evitare ingiustificati arricchimenti; ad impedire

lettura anche del *Working Paper* dei servizi della Commissione, SEC(2005)1732, annesso al *Libro verde*, del rapporto del Parlamento Europeo, *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, dell'aprile 2007 nonché del rapporto dell'*Office of Fair Trade, OFT*,

Discussion paper, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business, aprile 2007.

¹² Risoluzione del 25 aprile 2007, in G.U.U.E., n. C-74 E/653 del 20 marzo 2008.

la possibilità per il convenuto di esercitare il *passing on defence*; a consentire azioni collettive anche mediante l'intervento di associazioni di categoria; a sospendere il termine di prescrizione dal momento in cui la Commissione o una qualunque Autorità garante abbia iniziato un'indagine, e così altre proposte ancora.

La duplice valenza dell'istituto del *private enforcement* che dovrebbe, in definitiva, fungere anche da deterrente nei confronti delle imprese che non rispettino le regole *antitrust*, ritorna in quasi tutti i documenti della Commissione, tra i quali il *Libro bianco* del 2008¹³.

Si tratta del documento forse più importante tra quelli elaborati dalla Commissione perché, dopo avere ribadito il principio che «il risarcimento del danno è garantito dal diritto comunitario» e avere stigmatizzato la situazione europea (presenza di diversi «ostacoli di natura giuridica e procedurale»; sostanziale «inefficacia attuale delle azioni di risarcimento del danno *antitrust*»), dopo avere esaltato gli effetti benefici del *private enforcement* (effetto deterrente e una concorrenza più effettiva), nonché i problemi che potrebbero derivare da una non corretta disciplina nazionale o eccessivamente diversificata da Stato a Stato (quali, *in primis*, l'incertezza del diritto), si dedica quasi esclusivamente a formulare proposte per la soluzione dei principali problemi che si pongono nell'attuazione del diritto al risarcimento del danno.

Tali proposte tengono conto dei diversi modelli giuridici degli Stati membri e delle diverse tradizioni giuridiche presenti. Esse suggeriscono una o più soluzioni alternative per ciascuno dei principali problemi individuati e rappresentano un interessantissimo studio comparati-

stico su quelli che sono, oggi, i diversi modelli giuridici nazionali.

L'obiettivo dalla Commissione è quello di indirizzare, in assenza di una normativa europea, legislatori e giudici nazionali ad adottare soluzioni che permettano una più ampia convergenza possibile, in modo da giungere se non ad un modello unico, quanto meno ad un insieme di modelli sia pure diversificati, ma il più possibile armonizzati, allo scopo di evitare eccessive disparità di trattamento, di garantire una più efficace tutela del danneggiato e, soprattutto, di assicurare una concorrenza effettiva all'interno del mercato unico.

Le proposte del *Libro bianco*, spaziano da temi più di natura processuale, quali la «legittimazione ad agire» (in particolare la questione delle azioni rappresentative e delle azioni collettive con modalità *opt-in*)¹⁴, la «prova del danno» subito e la possibilità di «accedere agli elementi di prova» (al fine di superare il contrasto tra l'asimmetria informativa danneggiato/autore dell'illecito e l'esigenza di garantire la riservatezza delle imprese), il *dies a quo* ai fini della prescrizione dell'azione di risarcimento¹⁵, fino a temi più strettamente civilistici, quali il presupposto soggettivo dell'illecito (colpa o responsabilità oggettiva?), la quantificazione del danno¹⁶, il problema del trasferimento del sovrapprezzo (*passing on theory*), fino al tema, sempre più attuale ed estremamente delicato che riguarda il valore del precedente.

Quest'ultima questione attiene alla possibilità di concepire un sistema in base al quale una volta adottata dalla Commissione o da una qualsiasi delle ventisette Autorità garanti, una decisione definitiva, questa possa divenire vinco-

¹³ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, del 2 aprile 2008, COM(2008) 165 def.

¹⁴ Il Comitato economico del Parlamento europeo ha commissionato una ricerca per analizzare lo stato delle azioni collettive in Europa; i risultati, estremamente interessanti, si possono esaminare nel documento intitolato *Collective Redress in Antitrust* pubblicato sul sito della Commissione europea.

¹⁵ Sull'argomento cfr. il documento di lavoro dei servizi della Commissione annesso al *Libro verde* sulle azioni di danno, *Working Paper SEC(2005)1732*, p. 74.

¹⁶ Un documento, denominato «Bozza di documento di orientamento», molto corposo e complesso, è stato diffuso nel giugno 2011 con il titolo «Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del Trattato FUE», disponibile sul sito della Commissione europea.

lante per tutti i giudici e le Autorità garanti degli altri Paesi.

La Commissione tiene molto al raggiungimento di questo obiettivo in quanto è il solo sistema che permetterebbe di evitare decisioni contraddittorie, che garantirebbe una maggiore certezza del diritto incrementando, allo stesso tempo, l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni di risarcimento danni.

Attualmente in tutti gli ordinamenti europei ogni giudice nazionale è tenuto ad attenersi alle decisioni della Commissione, visto l'art. 16 Reg. 1/2003¹⁷.

Ma nella maggior parte degli ordinamenti, compreso quello italiano, non vi è nessuna norma che obblighi il giudice ad attenersi a quanto deciso dall'Autorità garante, né tanto meno a quanto deciso da una Autorità garante appartenente ad un altro Stato membro.

L'uniforme applicazione delle regole di concorrenza nel mercato unico passa anche attraverso il riconoscimento di una forza vincolante intracomunitaria ai provvedimenti delle Autorità di concorrenza, sempre e quando il provvedimento *de quo* abbia valore definitivo, sia stato emanato da una Autorità competente e i destinatari del provvedimento abbiano potuto effettivamente far valere le proprie ragioni nel procedimento amministrativo. In questo modo i danneggiati potranno provare la violazione della normativa *antitrust* semplicemente allegando la decisione dell'Autorità, anche straniera.

È questa la posizione che la Commissione assume nel *Libro bianco*, posizione in linea con il modello tedesco scaturito dalla riforma della Legge sulla concorrenza (*GWB*) nella quale viene sancito, per il giudice nazionale, il carattere vincolante di una decisione amministrativa (definitiva) emessa non solo dall'Autorità nazionale di concorrenza ma anche da ogni altra Autorità di qualsiasi altro Stato membro.

Al *Libro bianco* ha fatto seguito, nel

2009, una *Risoluzione* del Parlamento europeo¹⁸. Si tratta di un documento altrettanto significativo perché, adottato quando il dibattito sulle azioni di danno *antitrust* si trova ormai in uno stato decisamente avanzato, contiene alcune affermazioni che non potranno rimanere inascoltate e che potrebbero condizionare pesantemente alcune delle proposte contenute nel *Libro bianco* del 2008.

Oltre a condividere gran parte delle soluzioni prospettate dalla Commissione, il documento del Parlamento contiene alcuni elementi di novità che fanno comprendere quanto il dibattito sia ancora aperto all'interno delle Istituzioni comunitarie e, indirettamente, ci fanno capire il motivo per cui la bozza di direttiva del 2009 non è ancora stata fatta propria dalla Commissione e pubblicata.

Innanzitutto la *Risoluzione* richiama la Commissione sul fatto che non abbia ancora individuato la base giuridica per l'adozione delle misure proposte, a dimostrazione delle difficoltà di inquadramento della disciplina *private enforcement* nell'ambito della suddivisione delle competenze tra Unione europea e Stati membri.

Nel merito, poi, la *Risoluzione* pone l'accento sul problema della tutela dei consumatori e sottolinea lo scarso coordinamento delle proposte con l'intera disciplina di tutela degli interessi economici di questi ultimi ricordando che la mancanza di coordinamento potrebbe portare ad una «arbitraria o inutile frammentazione del diritto processuale nazionale». La *Risoluzione* propone quindi di dare maggiore slancio e sviluppo non solo alle azioni collettive di consumatori o delle loro associazioni rappresentative ma anche alle forme di composizione extragiudiziale delle controversie (*ADR*), come sistema che consente una maggiore soddisfazione del danneggiato a fronte di minori costi e tempi più contenuti.

Ma, soprattutto, il Parlamento europeo si esprime in maniera molto decisa

¹⁷ Art. 16: le giurisdizioni nazionali «quando si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del Trattato [oggi 101 e 102 TFUE] che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere deci-

sioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione».

¹⁸ *Risoluzione* del 26 marzo 2009, in G.U.U.E., C-117 E/161, del 6 maggio 2010.

nei confronti di due aspetti in particolare: i danni punitivi e il valore vincolante della decisione delle Autorità garanti nazionali di un altro Stato membro.

Sul primo punto il documento respinge fermamente la proposta di introdurre i c.d. “danni punitivi”, mentre sul secondo rifiuta, senza però motivare la scelta, l’idea che un tribunale nazionale debba essere vincolato dalla decisione di un’Autorità nazionale garante della concorrenza di un altro Stato membro.

IV. PRINCIPI E REGOLE ELABORATE DALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Più volte abbiamo detto che, in assenza di una normativa UE, il legislatore, *in primis*, ma anche i giudici nazionali, dovranno rispettivamente dettare ed applicare regole che siano conformi alle regole e ai principi dell’UE e, in particolare, alle regole e ai principi elaborati dalla Corte di giustizia.

In effetti la Corte di giustizia, invocata in questi ultimi anni dai giudici nazionali in procedimenti di rinvio pregiudiziale, è intervenuta in più occasioni per porre un rimedio all’assenza di una disciplina comunitaria e alla grave carenza di quella nazionale.

Già abbiamo ricordato i due importanti principi elaborati in materia dalla sentenza *Courage* e che possiamo così sintetizzare: *a)* chiunque abbia subito un danno in conseguenza di una violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza ha diritto ad ottenerne il risarcimento; *b)* anche chi è parte di un contratto stipulato in violazione delle regole *antitrust* può agire per chiedere il risarcimento del danno.

Ma il ruolo della Corte comunitaria non si è esaurito con la formulazione di questi due principi.

È nota la posizione dei giudici di Lussemburgo quando, in assenza di una specifica disciplina sia nazionale che euro-

pea, si trovano a dover valutare la compatibilità con il diritto comunitario di norme nazionali che il giudice del rinvio dovrebbe applicare a fattispecie che, come quelle in materia *antitrust*, sono di interesse comunitario. Come più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in assenza di una specifica normativa comunitaria spetta al giudice nazionale scegliere le regole procedurali e sostanziali da applicare al caso concreto a condizione, però, che le modalità interne di applicazione delle regole comunitarie non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (“principio di equivalenza”) né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (“principio di effettività”)¹⁹.

Tali due principi di creazione giurisprudenziale si sono rilevati di grandissima importanza, come vedremo meglio in seguito. Infatti, proprio in assenza di una disciplina comunitaria, essi costituiscono gli unici strumenti per evitare che gli Stati possano frapporre ostacoli di diversa natura al fine di scoraggiare l’utilizzo dell’arma del risarcimento del danno e favorire il *public enforcement*, vale a dire il controllo e l’intervento amministrativo a tutela delle regole *antitrust*.

Così, ad esempio, la sentenza *Manfredi*²⁰ del 2006, dopo avere ricordato l’importanza della valutazione da parte del giudice del nesso di causalità tra pratica vietata e danno subito, afferma che in mancanza di una disciplina comunitaria in materia «spetta all’ordinamento giuridico interno stabilire le modalità di esercizio del diritto al risarcimento del danno, comprese quelle relative all’applicazione della nozione di «nesso di causalità», purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati»²¹.

I principi di “effettività” e di “equivalenza” sono poi invocati in numerosi altri casi; per esempio, laddove il giudice di

¹⁹ È opportuno ricordare che tale ruolo delle giurisdizioni nazionali non viene meno nel caso in cui il legislatore nazionale disciplini la materia; il principio di supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto interno s’impone al giudice nazionale anche in presenza di una legislazione na-

zionale di dettaglio quando questa risulti essere in contrasto con le regole comunitarie.

²⁰ C. giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*, cit.

²¹ *Ibidem*, punto 64.

rinvio chiede se sia compatibile con il diritto comunitario il fatto che l'azione di risarcimento danni debba essere proposta, secondo un criterio di competenza esclusiva, innanzi alla corte d'Appello e non innanzi al giudice individuato secondo le regole processuali ordinarie. A tale domanda la Corte risponde affermando che tali disposizioni procedurali non devono essere meno favorevoli di quelle previste per la violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza e non rendere praticamente impossibile o eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto²².

Ancora, il rispetto dei principi di "effettività" e di "equivalenza" viene richiamato per stabilire quale debba essere il *dies a quo* per quanto riguarda il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento: secondo i giudici di Lussemburgo dovrà essere il giudice nazionale a stabilire se un termine, relativamente breve e non soggetto a sospensione, non abbia per effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto al risarcimento del danno²³.

Anche il problema dell'ammissibilità dei cosiddetti "danni punitivi" o "danni esemplari" è risolto facendo ricorso ai principi di effettività e di equivalenza. Dopo avere affermato che il danneggiato deve sicuramente avere la possibilità di chiedere il risarcimento tanto del danno emergente quanto del lucro cessante, la Corte ricorda che l'ammissibilità del danno punitivo non deve essere esclusa laddove l'ordinamento la riconosca nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, precisando però che tale possibilità non deve consentire una forma di arricchimento senza causa²⁴.

Anche sul problema dell'accesso alle prove e in particolare ai documenti che l'impresa abbia spontaneamente consegnato all'Autorità garante al fine di poter godere del "programma di clemenza" la Corte di giustizia si è recentemente pro-

nunciata²⁵ affermando che un soggetto, danneggiato da un'infrazione *antitrust* che intenda conseguire il risarcimento del danno, può sicuramente avere accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore dell'infrazione; tuttavia, in considerazione del pericolo che tali comunicazioni possano dissuadere i soggetti dal fornire spontaneamente i documenti necessari per avvalersi della possibilità offerta dai programmi di clemenza, i giudici nazionali dovranno determinare le condizioni e i limiti ai quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato in considerazione, da un lato, dell'efficacia e dell'importanza dell'istituto del "programma di clemenza" per poter giungere all'accertamento dei fatti e, dall'altro, del rischio che una utilizzazione incondizionata da parte del giudice in sede di risarcimento del danno induca i responsabili a non aderire al programma stesso.

GIAN ANTONIO BENACCHIO

Bibliografia

G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law. Atti del III Convegno di studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Trento, 15-16 aprile 2011*, Padova, 2012; S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America*, Milano, 2012; P. BUCCIROSSI - M. CARPAGNANO, «Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)?», in *Journal of European Competition Law & Practice*, (2013) 4(1), p. 3; C. TESAURO, «Recenti sviluppi del private antitrust enforcement», in *Mercato, concorrenza regole*, 2011, n. 3, p. 427 ss.; M. CARPAGNANO, «Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1999-2010», in G. GHIDINI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Milano, 2011, p. 284 ss.; M. BARCELLONA, «Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust», in M. MAUGERI - A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolamentazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 57 ss.; G. AFFERNI, «Azione di classe e danno antitrust», in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, n. 3, p. 491 ss.;

²² *Ibidem*, punti 71 e 72.

²³ *Ibidem*, punti 77-82.

²⁴ *Ibidem*, punto 99.

²⁵ C. giust. UE, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfizer AG c. Bundeskartellamt*.

G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *Il Private enforcement del Diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*. Atti del II Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 8-9 maggio 2009, Padova, 2009; F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIBENE, *Il private enforcement*

delle norme sulla concorrenza, Milano, 2009; G. ROSSI, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Torino, 2009; G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento, Trento 2007.